



CONCEPTO 94 DE 2015

(Julio 29)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

10400/1760390923

Bogotá, D. C.,

Señor

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: Consulta sobre Custodia Compartida, radicada bajo el No. 1760390923 del 7 de julio de 2015.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 13 y ss. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y 6o, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es posible solicitar la custodia compartida de un hijo?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente estudiaremos 2.1. El interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, 2.2. La custodia y cuidado personal; 2.3. La reglamentación de visitas.

2.1. El interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que “(...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (Subrayado fuera de texto).

La Constitución Política en el artículo 44 enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, en el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia[1]

En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.[2]

En efecto, la Corte ha afirmado que: (...) “el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.[3]

Así mismo, sostuvo que: (...) “El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico, supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor”. [4]

De otra parte, en el Estatuto Integral del Defensor de Familia respecto al interés superior del niño, la niña y el adolescente se señala que “(...) se ve reflejado en una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que a los menores de edad se les debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad (...)”.

2.2. Custodia y cuidado personal

La custodia se refiere al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente más próximo, según le convenga al niño o a la niña.

A su turno, el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 indica que la custodia y cuidado personal es un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Así las cosas, la misma se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

La custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Por tal razón en principio esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos.

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos 7, 8, y 9 que los menores de edad tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor de edad.

La protección a la niñez en el derecho interno, se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez (...) “gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad” (....)

En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres y la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. De la misma manera resalta que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño y finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2.2. La reglamentación de visitas

El derecho de visitas de los niños, niñas y adolescentes por su naturaleza y finalidad, es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio debe estar encaminado a cultivar, el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares.

Debe tenerse en cuenta que entre los deberes de los padres separados o divorciados está el de velar por el cuidado permanente de su descendencia y que ante la separación física, material de la pareja, los hijos quedan al cuidado directo de uno solo de aquellos, sin embargo, el padre que no ejerce este cuidado directo, tiene el derecho de visitar a los hijos y de ser visitados por ellos en forma permanente.

Quiere decir lo anterior que la reglamentación de visitas es un derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, absolutamente exigible frente al padre que las impide o frente a aquel que simplemente no las ejerce.

Al respecto, La Corte constitucional expresó:

"El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro o a ambos, en el segundo caso- del derecho de mantener comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Tal derecho consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos. Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor".

(...)

"Fuera de ello, el cónyuge que no ejerce la guarda -en tanto conserve la patria potestad- tiene derecho a vigilar la educación de los menores, derecho que se trasunta especialmente en la facultad -ejercitable en todo momento- de solicitar el cambio de la tenencia, ya que para conferir ésta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos....".[5]

Según la misma doctrina, para que las visitas puedan cumplir cabalmente su cometido deben realizarse en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque ello supondría sometr al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos..."[6]

(...) Algo similar ocurre con la regulación concreta del derecho de visita la cual debe hacerse siempre procurando el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual –rectamente entendido- requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre. Su objeto es el de estrechar las relaciones familiares y su fijación debe tener como pauta directriz el interés de los menores, que consiste en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que es necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquellas relaciones; las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide.

(...) Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho. Así, se ha decidido que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente para excluir el derecho de visita, cuando aquella se debe al abandono del menor, mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor.[7]

“Por todo lo anterior, esta Corte no puede menos que recordar a los jueces su inmensa responsabilidad y cuidado cuando aprueben un régimen de visitas: de él depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil....”.

Por otro lado, es importante recalcar que el legislador, previo un mecanismo que le permite al niño, niña o adolescente, mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, así como recibir de éstos el cuidado y amor que demandan a través de un proceso judicial llamado reglamentación de visitas.

La reglamentación o regulación de visitas es un proceso judicial por medio del cual se busca mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la autoridad paterna. En principio, las visitas pueden ser acordadas por los padres según las circunstancias concretas del caso, con aprobación del funcionario correspondiente o, en su defecto, fijadas por el juez de familia, después de un estudio detallado de la conveniencia, tanto para niño, niña o adolescente, como para cada uno de sus padres.

En síntesis, la reglamentación de visitas permite, al niño, niña o adolescente conservar el afecto de sus padres y familiares y a éstos de continuar en el acompañamiento del proceso de desarrollo integral del menor de edad, por lo tanto, ha de tenerse en cuenta que la prevalencia de los derechos de los niños exige que la conducta de sus padres y familiares, esté dirigida a su protección integral y a garantizarle el espacio de convivencia.

El caso en concreto

En el caso que nos ocupa, es procedente indicarle al consultante que en Colombia no se encuentra regulada la custodia compartida, motivo por el cual, en éste caso, cuando los padres se encuentran separados o no tienen una vida en común, lo que debe solicitar bien sea a la autoridad administrativa competente del lugar donde reside su hijo menor de edad o de ser necesario ante el juez de familia que corresponda, la reglamentación de visitas a favor del niño con el padre, visitas que deberán tener la periodicidad que se requiere con el fin de mantener y estrechar las relaciones familiares, recibir el amor y el cuidado que de ambos padres pueden brindarle.

3. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas, se puede concluir lo siguiente:

Primera. Los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad deben ejercerlos conjuntamente los padres, no existen restricciones legalmente establecidas para un padre de familia que cumple con todos sus deberes como tal, es pertinente resaltar que siempre prevalece es el bienestar e interés superior del niño, niña o adolescente.

Segunda. En Colombia no se encuentra reglamentada la custodia compartida, motivo por el cual, en caso de que uno de los padres no ejerza la custodia de su hijo, podrá solicitar a la autoridad competente la reglamentación de las visitas.

Por último es preciso indicar que el presente concepto[8] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. NO obstante lo anterior, tiene carácter

vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006.

2. Corte Constitucional, sentencia T-408-95, expediente T-71149, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. T-503 de 2004 y T-397 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), Cita sacada de la sentencia T-502 de 2001, expediente T-262716, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

4. Corte Constitucional, sentencia T-587 de 1997, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5. Cfr. Belluscio Augusto César. Derecho de Familia. T. III. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1981, pp. 402

6. Cfr. Ibídem. Pp. 463.

7. Sentencia T-523 de 1992.

8. Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquella haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad (....) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio". Corte Constitucional. Sentencia C-877 de 2000. M. P. Antonio Barrera Carbonell.